no obstante esto Joppes se confirma la sent.a entendiendo en la capitulacion p.a de Simon (Perez) no hauia vinculo.

IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN PROCESSV EVOCATIONIS PER HORRESCENTIÆ PHILIPPI GINER,

Super Reuocatione Sententiæ.

Pro Agnete Perez de Oliban reposita in iuribus Ioannis Perez de Oliban.

EN este processo se dieron muchas proposiciones, de las quales, vnas repelio, y otras admitio, y graduò V.S. y entre ellas lo fue la de Iuan Perez de Oliban, en cuyos derechos fue repuesta Ynes Perez de Oliban mi parte; quien sintiendose grauada por auerse recebido primero sus proposiciones de Andreua de Les, iure viduitatis, y la de la villa de Bolea iure crediti, que la suya, suplica reuocacion de la sentencia, y repulsion de dichas proposiciones de Andreua de Les, y villa de Bolea, quedando admitida la desta parte, por los fundamentos y razones que abaxo ponderarè.

Para cuya inteligencia, primo supongo, que Simon Perez de Oliban caso con Catalina de Escaray, y pactaron capitulos matrimoniales en la villa de Bolea a 25. de Agosto de 1585. en los quales entre otros pusieron vn pacto del tenor siguiente. *Item es concertado; que auiendo hijo, o hijos varones deste matrimonio; que aquel, o aquellos aya de ser heredero de la hazienda del dicho Simon de Oliban, el que el mas querra, casando las hijas conforme a la calidad dela casa, assi las que tiene, como las que deste matrimonio aura.*

Secundo supongo, q̃ murieron dichos Simon Perez de Oliban, y Catalina de Escaray, quedandoles solo vn hijo varõ que fue Iuan Perez de

Oliban,como cõsta de las deposiciones delos test.1.2.3.4.y 5.al art.4. de su proposicion:y assi en fuerça de la clausula antecedente fue verdadero dueño y señor de la hazienda de ~~Iuan~~ Perez de Oliban; mayormente auiendose ya acomodado sus hermanas antes de la muerte del padre vinculante, assignandoles el en vida dotes competentes, para cuya cobrança se les admiten sus proposiciones en este processo, confessando mi parte estar bien admitidas, pues se cumple en ello con lo dispuesto en dicho vinculo.

Tertio supongo, que muerta la dicha Catalina de Escaray, segunda vez contraxo matrimonio Simon Perez de Oliban con Andreua de Les, haziendose para dicho matrimonio capitulos matrimoniales a 18. del mes de Enero de 1618. en la villa de Bolea, y entre otros pactos q̃ hizieron estan los siguientes. *Item es pactado entre las dichas partes, que el dicho Simon Perez de Oliban mayor le firma y assegura ala dicha Andreua de Les todo lo que de parte de arriba trae, y los dichos su padre y hermano le dan en contemplacion del dicho matrimonio,* si quiere todo aquello q̃ constare por apocas, o prouãça legitima auer cobrado, *y esto sobre su persona y todos sus bienes, &c.*

Item es pactado y concordado entre las dichas partes, que en caso de dissolucion de matrimonio por muerte de qualquiere delos dichos contrayentes, y restitucion de dote el dicho Simon Perez de Oliban en su caso, y sus herederos en el suyo, sean obligados, como se obligan a restituyr dicha dote en los mismos tiempos y plaços que por apocas, albaranes, o prouança legitima constara auerlos recebido.

Item es pactado y concordado entre las dichas partes, que por muerte del dicho Simon Perez de Oliban, sobreuiuiendole la dicha Andreua de Les, tengan obligacion los herederos del dicho Simon Perez de Oliban, de darle a la dicha Andreua de Les, durante su vida, de comer, beuer, vestir y calçar sana y enferma, Medico y medicinas, y todo lo necessario a la vida humana, estando y habitando en la casa y hazienda del dicho Simõ Perez de Oliban. Y en caso que no se pudiere auenir con el heredero, o la dicha Andreua de Les no quisiere estar en la dicha casa y compañia, tengan obligacion los herederos del dicho Simon Perez de Oliban de dar a la dicha Andreua de Les en cada vn Año durante su vida, *quatro cahizes de trigo, tres nietos de vino tinto bueno, y* 140. *sueldos Iaq̃s pagaderos en dos plaços al principio*

pio y mitad del Año, &c. Y luego contigua a esta clausula ay otra, en que se renuncian expressamente la vna parte a la otra, *las ventajas forales, derecho de viudedad foral, particion y diuision, &c.*

Que de los capitulos matrimoniales de Simon Perez de Oliban, y Catalina Escaray resulta vinculo.

HIS suppositis, por fundamẽto de nuestra intencion represento a V.S. que de la clausula puesta en los capitulos matrimoniales de Simon Perez de Oliban, y Catalina de Escaray su primera muger, de que hablo en el primero supuesto, resultò claro vinculo en la hazienda de Simon Perez de Oliban en fauor del hijo varon que el eligiera: y no lo teniendo, en fauor de la hija que escogiera, con obligacion de auer de acomodar a las demas, conforme a la calidad de la casa: y assi fuera del de hijo della, auiẽdolo de aquel matrimonio, no se pudo agenar ni hypothecar la dicha hazienda, *vt per Tell. Ferdi. in l.27. Tau. nu.1. & 2. Peregrin. de fideicom. art.51. nu.73. Cancer variar. resol. lib.3. cap.7. nu.81. & seqq.* Y es lo mismo el pacto de heredar, que la herencia, *vt per d. Cancer. d. lib. & cap. num.115. cum seqq.*

De manera, que con dicha eleccion indubitablemente quedaua el elegido cõ derecho eficaz è irreuocable, sin q̃ sea necessaria otra disposicion, *Port. §. instrum. n.86. 91. & 116. Mol. verb. donatio, fol. 112. col. 2.* Y assi donde no huuo sino vn hijo varon, como en nuestro caso, procederan mejor las doctrinas dichas, pues cessa la eleccion que el padre podia tener, y assi no exercita liberalidad, sino que ex illo tũc, es el hijo heredero forçoso: y esto procede sin dificultad alguna en Aragon, donde standum est chartæ, y vale todo aquello que se pacta, si tamen non continet aliquid impossibile, vel contra ius naturale, *vt in obser. item iudex, de fide instrum. Mol. verbo donatio, fol. 112. col. 2. in medio.*

Y adelgaçando mas la materia y dificultad (*Cancer d. cap. & lib. nu.90.*) dize, que en el entretanto que ay duda si los hijos viuiran, para que la donacion tenga efecto, los padres podran agenar. Pero llegado el caso de que la donacion tuuiere efecto, hoc est, que los hijos sobreuiuan, omnis alienatio retractabitur, & in irritum deducetur, *l. fin. §. sin autem, C. communia de legatis, & not. Ludo. Velazq. in l.44.*

l. Tau.

l. Tau. glo. 16. nu. 29. & 35. & alios innumeros quos refert & sequitur Pereg. de fideicom. art. 22. nu. 75.

Que no se deue admitir la proposicion de Andreua de Les iure viduitatis.

DIO la dicha Andreua de Les, si quiere su procurador en este processo proposicion, articulando en ella, q̃ se le reciba iure viduitatis, en fuerça de sus capitulos matrimoniales pactados con Simon Perez de Oliban, en virtud de la clausula relatada en el tercero supuesto.

Confiesso por regla cierta y assentada en nuestro Reyno, el poderse constituyr viudedad en bienes vinculados, y el que dellos se deue sacar y recobrar, tambien el dote, firma, y aumento del, *Moli. verbo viduitas, tit. de viduitate in bonis vinculatis, vbi Port. §. viduitas, nu. 47. & in cap. 46. in prin. de consortib. D. Reg. Sesse decis. 58. n. 23. & ex exteris authoribus loquẽtibus de viduitate Aragoniæ Fontan. tom. 2. claus. 7. glo. 3. par. 4, nu. 2. Fran. Mol. de ritu nupt. lib. 3. q. 28. n. 10. cũ seqq. Rom. consi. 50. a nu. 20. & 23.* Si bien lo de la recuperacion del dote, y aumento del, procede en bienes vinculados, en falta de libres, *for. fin. tit. de iure dotium, ex doctrina authen. res quæ, C. commun. de leg. Deci. Jas. Couar. Tiraq. Caro. Ruinus, & alij.*

Tambien es theorica cierta, que lo dicho se ha de entender quando no ay pacto de hõbres en contrario, como lo ay en nuestro caso, pues en los capitulos matrimoniales la dicha Andreua de Les, y Simon Perez de Oliban, el vno al otro se renunciaron la viudedad, y ventajas forales expressamente, vt remanet dictum in tertio supposito. Y para quitar toda duda pactaron, que solo pudiera tener la dicha Andreua de Les por alimentos durante su vida, quatro cayzes de trigo, tres nietros de vino tinto bueno, y 140. sueldos la q̃s, con que declararon solo quererla dar alimentos: pero no viudedad: pues la clausula fue general, para durante su vida: y si se casara, es cierto no podia sacarlos por derecho de viudedad: y assi estamos de medio a medio en la regla, quod potuit noluit, quod voluit adimplere non potest: y assi imputesele su mala eleccion, y padezca la pena pues tuuo la culpa; y no la padezca mi parte, teniendo de la suya la renunciacion de viudedad, y declaracion de la voluntad de los contrayentes en las clausulas referidas; pues la mejor interpretacion de vn contracto es la de los mis-

mos

mos contrayentes, declarando vna clausula con otra, *vt bene Fonta. de pact. nupt. p. 1. claus. 4. glo. 9. num. 33. Casana. consi. 45. nu. 26. & 27. Surd. decis. 202. nu. 15. Mantic. de coniect. lib. 1. tit. 13.* Vnde videtur propositionem Andreuæ de Les recipiendam non fore.

Que no puede tener viudedad Andreua de Les por el testamento de Simon Perez de Oliban.

PVES no obsta à la pretensiō de mi parte lo alegado por la de Andreua de Les en su proposicion, de que Simon Perez de Oliban le dexò viudedad en su testamento; si viuia con su heredero en su casa, y criando sus hijos; y si no, que le huuiera de dar el heredero a la dicha Andreua de Les el sustēto que le tenia señalado en los capitulos matrimoniales, que eran los quatro cahizes de trigo, tres nietros de vino, y 140. sueldos; pues estando vinculados, è hypothecados todos los bienes en este processo aprehendidos, que son los mismos en que la dexaua la viudedad, es cierto, no pudo constituyrla en su testamento, pues cessa la razon potissima que mueue a fauorecer la recuperacion de la dote, y constitucion de viudedad, que es la siguiente: quia si in bonis vinculatis non possent dotes constitui, vel assecurari, & ius viduitatis concedi, impedirentur multa matrimonia, *d. forus fi. de iure dotium, Peregri. de fideicom. art. 42. nu. 5. fol. 377. & nu. 14. noster Casanate consi. 54. nu. 31.* Y assi es cierto, que este se origina del matrimonio, para que el posseedor del vinculo no quede incasable, vt in hoc Regno considerant *Mol. verbo viduitas, versic. viduitatis ius an habeat locum, fol. 352. col. 2. & versi. debetis notare, & Pleban. de consort. cap. 46. nu. 22.*

Demanera q̄ per argumentū a ratione cessante, el fauor cōcedido à la dote, no tiene lugar, donde despues del matrimonio cōtraydo se hazen los capitulos matrimoniales. Y es la razon, quoniam tunc possessor maioratus innuptus manere nequit, cum iam nuptus sit, & sic iam fauor matrimonij contrahendi cessat, como lindamente lo considera nuestro Plebano *loco supra citato.* Et ex eadem ratione ita arguit *Federicus Scotus respon. 4. nu. 10. tom. 2. lib. 2.* diziendo, que lo dispuesto en la *Authen. res quæ.* procede antes de contraher el matrimonio. Y lo cierto es, que de ordinario antes se conuienen las partes en la dote, que le contraygan: porque despues de contraydo no es la dote tan fauorable, quia non est ita necessaria, & a ratione precisa cessante

ſante ita ſentiunt *Petrus Gregorius, & Franc. Milanenſis,* citados por *Caſanate en el conſ.* 54. *num.*32.

Y ſi en Aragon, por lo dicho, fauore matrimonij contrahendi, ſe permite en bienes vinculados la recuperacion de la dote, y conſtitucion de viudedad hecha en los pactos dotales; los quales (vt communiter contingit) ſe hazen al tiempo que ſe contrahe el matrimonio: biẽ ſe ſaca, que eſta facultad no ſe deue ni puede eſtender a otros actos que a los declarados por fuero, ne per extẽſionem & ius commune, & aliæ forales regulæ corrigantur: vt in ſimili caſu volunt *Tiraquel. Ruin. & Caſtren. quos ſequitur Plebanus d.cap.*46. *nu.*5. & ita diſpoſita *in authen. res quæ, C. communia delegat.* cum a iure commune exorbitent non eſſe, ad alios caſus extendenda tradit *Riminal. Senior conſi.*115. *num.*5. Ex quibus bene colligitur, que en ſu teſtamento Simon Perez de Oliban no pudo dexar la viudedad a ſu ſegunda muger Andreua de Les, pues no pactandoſe en capitulos matrimoniales, no procede, vt ex dictis apparet.

Que tampoco ſe deue admitir la propoſicion de la villa de Bolea.

PVES Iuan Tereſaco como procurador de dicha Villa, dio propoſicion, en fuerça de vna carta de encomienda hecha a 15. de Febrero de 1595. en que eſtauan obligados Simon Perez de Oliban, y otros, en fauor de la dicha Villa. Pero pues el vinculo con que da propoſicion Iuan Perez de Oliban mi parte, fue el año 1585. como queda dicho, los bienes aprehendidos eſtauan ya hypothecados a dicho vinculo mucho antes de la fecha de la carta de encomienda: y aſsi es cierto, en ella, en perjuyzio del vinculo no pudo obligarlos, por lo que arriba tengo repreſentado: y ſer cierto, que pactionibus factis in capitulis matrimonialibus, poſtea derogari non poſſunt, *Fontan. clauſ.*5. *glo.*8. *par.*12. *nu.*55. *punctim idem clauſ.*4. *glo.*9. *par.*5. *num.*198. y lo vno, y lo otro de que no ſe pueda derogar el pacto hecho en capitulos matrimoniales, y que deſpues del no ſe pueda agenar en perjuyzio de lo pactado, lo trae diffuſe *Cancer lib.*3. *variar. cap.* 7. *per num.*80.86.90.359.360.373.378. *& alios.* Ex quibus reuocationem ſupplicatam procedere, & ita ſentire ſperamus, Salua ſemper in omnibus V. D. C.

Doctor Michael Paſtor.